

論 説

被害者の素因の競合と危険の現実化（2・完）

大 関 龍 一

- I はじめに
- II 判例における素因競合事例
- III 学説における素因競合事例 (以上、96巻2号)
- IV ドイツにおける素因競合事例
- V 素因競合事例における結果帰属判断の再構成
- VI おわりに (以上、本号)

IV ドイツにおける素因競合事例

わが国における議論状況を概観した結果、近時の裁判例では、危険の現実化の枠組みを用いつつ、危険内容の一般化・抽象化を通じて、素因競合事例において広範に結果帰属を認める傾向が見られた。危険内容の一般化・抽象化という処理方法は、ドイツの判例にも見て取ることができる。また、ドイツの学説では、判例における危険内容の一般化・抽象化という処理に対して、正面から批判的検討が展開されている。こうしたドイツの議論状況に検討を加えることによって、素因競合事例における結果帰属判断を再構成するにあたっての示唆を得ることが期待できる。そこで、以下では、ドイツの判例・学説における素因競合事例の処理方法に検討を加える。

1 判例

ドイツの判例は、因果関係について等価説の立場を採用しているため、素因競合事例でも因果関係それ自体は当然に認められることになる。もっとも、責任段階で、因果経過の予見・予見可能性を一定の限度で要求することにより帰責範囲の限定は図られている。また、結果的加重犯については、後述の直接性法理により客観面でも帰責範囲の限定がなされている。そこで、ドイツ判例の検討にあたっては、素因競合事例において、予見可能性や、結果的加重犯における直接性がどのように判断されているかに着目することが有益である。

(1) 過失犯に関する判例

過失犯における素因競合事例のリーディングケースとして、①RGSt 54, 349, Urt. v. 31. 5. 1920を挙げることができる。同判決は、被告人が、その兄弟と喧嘩中、兄弟に向かって石を投げたところ、近くを通り過ぎたAの頭部に命中し、その結果、Aは軽微な出血を負ったが、Aは血友病患者であったために死亡したという事案について、被告人に過失致死罪の成立を認めた。

RGは、まず、「被告人の行為がなければ傷害はなかったであろうし、その傷害がなければ被害者の死も生じなかったであろう」として、条件関係の存在を根拠に因果関係を肯定し、「結果の予見可能性」は責任のメルクマールとして問題となるとする。そのうえで、予見可能性に関しては、原判決の認定に基づき、「被告人は、人が近くに存在し、石が命中する可能性があったことを予期しなければならなかった」こと、「被告人は、投石により、それが命中した人の死が引き起こされる可能性があることを予見できた」ことを指摘し、「個々の事例の諸事情によっては、通常の性質

(87) 本件で、Aに対する傷害の故意は否定されているが、この点は日本の判例の立場と異なっている。

を有する人も、投石により死に至ることはありうる」とする。

本判決では、投石行為は、被害者が特殊な素因をもっているかどうかにかかわらず、それが命中した人を死に至らせる可能性があるとの評価を前提に、そのような一般的な可能性を予見できた以上は、結果の予見可能性は認められるとの論理が用いられている。ここでは、致死結果に至る一般的な可能性のみが予見可能性の対象とされており、被害者 A が血友病患者であったために軽微な出血から死に至ったという具体的な因果経過は予見可能性判断にあたって問題とされていないのである。

（2）結果的加重犯に関する判例①——旧56条制定前の判例

結果的加重犯の判例に関しては、ドイツ刑法旧56条（重い結果に対する⁽⁸⁸⁾過失）の制定前後で分けて検討する必要がある。

まず、旧56条制定前の判例として、②BGHSt 1, 332, Urt. v. 28. 9. 1951を挙げることができる。同判決は、被告人が被害者 A の顔面を力強く平手打ちし、脳震盪を生じさせた結果、A は髄膜が軟弱であったために脳静脈を損傷し死亡したという事案について、傷害致死罪の成立を認めた。

原判決が等価説の立場から傷害致死罪の成立を認めたのに対して、被告人は、結果的加重犯には相当性説が妥当するとの見解を前提に、本件で A の死は予見不可能であったから傷害致死罪は成立しないと主張して上告した。BGH は、被告人の主張に対して、「因果関係の問題と責任の問題とを明らかに混同している」と判示した。そのうえで、「ライヒ裁判所は一貫して刑法のすべての領域に等価説を適用してきた」として、等価説

(88) 本稿では、1953年の第3次刑法一部改正法により新設された旧56条を指す。同条は、以下のように規定していた。「法律が行為の特別の結果についてより重い刑を結びつけているときは、行為者が少くとも過失によりこの結果を招来した場合のみに限り、このより重い刑をこの行為者に当てる」（訳出は、法務大臣官房調査課『法務資料第329号 ドイツ刑法典』（1954年）32頁に拠った）。なお、この規定は現行のドイツ刑法18条に対応する規定である（邦訳については、法務省刑事局『刑事法制資料 ドイツ刑法典』（2021年）42-43頁参照）。

の採用を名言する。また、結果に対する過失の要否については、傷害致死罪を定めた旧226条の文言、および故意の身体傷害の罪や過失致死罪の規定との関係を根拠に、死の結果に関する過失を不要とする。さらに、結果的加重犯に限って相当性説を適用する見解に対しては、相当因果関係が認められる場合はたいてい、行為者にとっても予見可能性が認められるため、「行為者が過失により惹起した結果のみが刑法上捕捉されることが通例になってしまう」として、226条の適用領域を制限することは法律に矛盾するものだと批判する。

本判決は、条件説と過失不要説の組合せにより、傷害致死罪の成立を導いており、結果的加重犯の成立要件として過失が要求されていなかったことが広範な結果帰属に影響しているとも思える。⁽⁸⁹⁾ そうだとすれば、旧56条制定により、結果帰属の範囲を限定する契機が生じることになる。実際に、旧56条制定後は、主観的帰属要件として、重い結果に対する過失が明文化されただけでなく、客観的要件として、基本犯と重い結果との間の直接性を要求する判例法理が確立され、⁽⁹⁰⁾ 客観的帰属と主観的帰属の両面において帰責範囲の限定が図られた。しかし、以下の判例をみると、少なくとも素因競合事例においては、これらの要件は必ずしも帰責範囲を限定する要件として機能していない。

(89) なお、内田浩『結果的加重犯の構造』(信山社、2005年)38頁以下は、旧56条制定以前の判例にも、基本犯と重い結果との「直接的な関係」が存在しないことを理由に結果的加重犯の成立を否定したものが見られることを指摘し、詳細な検討を加えている(傷害致死罪の成立を否定したものとして、たとえば、RGSt 44, 137, Urt. v. 24. 10. 1910)。旧56条制定以前の判例も一定の限度で結果帰属の範囲を限定する意図を有していたことがうかがわれるが、少なくとも素因競合事例に関しては、結果帰属を制限すべき事案とは捉えられていなかったことがわかる(たとえば、素因競合事例において等価説の採用を明言したものとして、RGSt 5, 29, Urt. v. 28. 9. 1881)。

(90) 詳細な検討として、内田・前掲注(89)173頁以下、丸山雅夫『結果的加重犯論』(成文堂、1990年)152頁以下。

(3) 結果的加重犯に関する判例②——旧56条制定後の判例

(a) BGH, Urt. v. 15. 7. 1975 - 1 StR 120/75, MDR 1976, 16

㊦BGH, Urt. v. 15. 7. 1975 - 1 StR 120/75, MDR 1976, 16は、被告人が、体力的に劣る被害者の体を少なくとも2回木製のベンチに向かって激しく突き倒した結果、同人の頭部がベンチに勢いよくぶつかり、小さい脳動脈瘤が破裂し、その後治療に当たった医師がそれを直ちに見つけられなかったために、髄膜間の出血が生じて同人は死亡したが、同人には高度の肝硬変および脂肪肝変性のために血液凝固能力が減退していたという事情があり、この事情がなければ同人の出血は死に至る程度に達していなかった可能性があるという事案について、被告人に傷害致死罪の成立を肯定した。

まず、BGHは、刑法旧226条（傷害致死）が成立するためには、「身体傷害行為と死亡結果との間に密接な関係が要求される」のであり、「基本構成要件（刑法223条）に固有の危険が死亡結果に現れたといえなければならない」とする。そのうえで、BGHは、本件で「死の発生は、基本構成要件に内在する危険の表出であった」と認め、次のように判示する。「頭部を激しくぶつけることは、脳出血、そして死の結果をもたらさう。肝臓疾患のために被害者の血液凝固能力が健常者に比べて劣っており、また、治療にあたった医師が脳出血を見つけるのが遅れたとしても、このことは何ら変わらない。被告人は、傷害行為によって死の発生の条件を設定した。その他の要素が共同作用していたとしても、被害者は、傷害行為によって創出された固有の危険で死亡したのである。」

また、BGHは、刑法18条より、重い結果を少なくとも過失により惹起したことが必要であり、重い結果の予見可能性がその決定的なメルクマールであるとしたうえで、予見可能性について次のように判示する。「ある結果が予見可能であるのは、日常の生活経験によれば、その結果が起こりえた場合である。ある人が頭部を激しくぶつけた後に脳の傷害で死亡することは、生活経験に完全に合致する。事象経過の予見可能性は一般的なもので足りる。具体的な事象経過の詳細が行為者にとって予見可能であった

ことは必要でない……。それゆえ、被告人にとって、被害者の血液凝固能力が劣っていたことや、治療に当たった医師が脳出血に気づくのが遅れたことを予見可能であったことは要求されない。」

本判決は、客観的帰属要件として「身体傷害行為と死亡結果との密接な関係」を要求しつつ、被告人の本件暴行が脳出血により死の結果をもたらす一般的な可能性があることを根拠にこれを肯定している。また、予見可能性との関係でも、本件暴行後に脳の傷害で死亡する一般的な可能性が重視されている。このように死亡結果発生の一般的な可能性を重視して、「密接な関係」や予見可能性を肯定するという論理は、以下で見ると、その後の判例でも用いられている。

(b) BGH Urt. v. 26. 2. 1997 - 3 StR 569/96, NStZ 1997, 341

④BGH Urt. v. 26. 2. 1997 - 3 StR 569/96, NStZ 1997, 341は、次の事案について、傷害致死罪の成立を肯定している。被告人2名が、63歳の被害者に対して、同人がダウンするまでげんこつで殴打し、その後、足蹴りし、さらに同人を再び立ち上がらせて殴打するなどした結果、同人は複数の重大な傷害を負った。暴行の影響によって、被害者には特別な精神的負担がかかり、これにより、既に心臓に疾患を有していた被害者は、2度の心筋梗塞を発症して死亡した。原判決(LG Zwickau)は、死の結果は傷害の重大性から生じたのではなく、傷害によって引き起こされたパニックおよび不安状態に基づく「心因性の」死として生じたものであるから、身体傷害と死の結果との間の直接性が欠けるとして、傷害致死の成立を否定し、危険傷害と過失致死の所為単一とした。

これに対し、BGHは、本件において、次のように判示して、被告人の身体傷害行為と被害者の死との間に「直接の」(危険実現)連関が存在することを認めた。「刑法〔旧〕226条が適用できるのは、……身体傷害行為が、性質、程度、重大性に照らして〔それ自体から〕死を発生させるものである場合に限られず、致死結果の危険が身体傷害行為に備わっていて、

死が発生した際に行為者の行為に固有の危険が実現していれば十分である（BGHSt 31, 96, 99）。被告人は、被害者に対する致死結果の危険を内包する暴行行為を遂行した。被告人が行ったような暴行行為が、容易に被害者の死を生じさせるものであり、多くの場合それだけでも死を生じさせるものであったことに疑問の余地はない。それゆえ、刑法223条の基本構成要件に備わっている固有の危険が死に現れたともいえ（vgl. BGH NStZ 1992, 333, 334, 335）、被告人に死を帰属することもできる。」被告人の暴行が、被害者の事前の心臓疾患および被害者のパニック・不安状態と共同して初めて死の原因となったことは、死の帰属と矛盾するものではない。

また、BGHは、予見可能性に関して、「63歳の被害者の死は、おおよそその年齢を被告人が認識していたことから、……被告人にとっても予見可能であった」とする。そして、「暴行行為によって引き起こされ、最終的に死を惹起した、身体および精神に関する事象は、どのみち個々に評価することのできないものであって、そこ」に予見可能性が及んでいる必要はないと判示した。

本判決においても、危険性要件および予見可能性要件の双方において、本件暴行行為が死の結果発生の一般的可能性を有していることが重視されており、心因性の死が問題となる場合であってもそのことに変わりないことが明らかにされている。

(c) **BGH, Urt. v. 15. 11. 2007 - 4 StR 453/07, NStZ 2008, 686**

⑤BGH, Urt. v. 15. 11. 2007 - 4 StR 453/07, NStZ 2008, 686は、次の事案について、同様に傷害致死罪の成立を肯定した。被告人は、ディスコの床に横たわっている被害者に対して、頭部に打撃を与えないように注意しながら、靴を履いたまま足のつま先で同人の上半身を力強く蹴った。被告人の足蹴りは被害者の肋骨角下方に直撃し、太陽神経叢の刺激による迷走神経反射を引き起こし、その結果、被害者は心停止に至った。被害者の迷走神経反射による死は、被害者が激しく酩酊していたことにより呼吸中枢が

傷つけられていたこと、および被害者に心筋炎による心筋の組織的变化が生じていたことによって促進された可能性がある。原判決(LG Neubrandenburg)は、太陽神経叢の刺激による迷走神経反射による死が、一般的知識に属さない「医学的希少性」が問題となる場面であることから、被害者に対する死の危険は生活上起こりうることの範囲外にあるため、被告人に加重結果を帰責することはできないとして、傷害致死の成立を否定し、危険傷害罪の限度で有罪とした。

これに対し、BGHは、直接性要件について、「身体傷害と死の結果を互いに結びつける現実の事象経過が、あらゆる生活上起こりうることの範囲外にある」場合には、身体傷害行為と被害者の死との間の「直接の」(危険実現)連関が欠落するとしつつ、次のように判示して、本件では直接性を肯定する。「靴のつま先で地面に横たわっている者の胴体を力強く足蹴りすることが被害者の死に至ることは、あらゆる生活上起こりうることの範囲外にあるとはいえない……。というのも、そのような事象経過は、たとえ——本件のように——具体的な死因について『医学的希少性』が問題となる場合であっても、生じた結果を帰責しえないほどに異常とはいえないからである(vgl. BGHSt 31, 96, 100)。被害者の酩酊および心筋の事前の損傷が死の結果に対する共同原因であった可能性があることは、同様に、帰責を妨げるものではない」。

BGHは、次に、死の結果に対する過失、すなわち、被告人の知識に基づく予見可能性について検討し、「身体傷害行為により引き起こされ、死を最終的に惹起した身体に関する事象は、どのみち個々に評価することのできないものであって、そこ」に予見可能性が及ぶ必要はなく、むしろ結果の予見可能性は一般的なもので足りるとする。そのうえで、被告人の足蹴り行為には、肝臓や脾臓の裂傷、あるいは肋骨骨折および折れた骨が隣接臓器に突き刺さることによる傷害の危険が常に存在することからすれば、通常、死の結果を予見可能であり、特に、被害者が過度の酩酊により身体的に傷つており、このことを被告人が認識可能であった本件におい

では、被告人にとって死の結果は予見可能であったとする。

本判決も、直接性（危険実現）の検討に当たって、本件行為の一般的な危険性を重視し、医学的に稀な経路で死に至ったことや、被告人の酩酊および心筋の損傷という素因は、直接性を否定する要素として考慮されていない。また、予見可能性との関係でも、死の結果に対する予見可能性があれば足りるとして、本件行為に存する一般的な危険性を重視している。

2 学説

(1) 判例に対する評価

判例③～⑤で顕著に示されているように、判例は、素因競合事例において、客観的帰属および主観的帰属のいずれとの関係でも、被告人の行為が死亡結果発生の一般的な危険性を有しているかどうかを問題としており、被害者の素因が競合し医学的に稀有な経路で結果発生に至ったという具体的な因果経過の予見可能性は要求されていない⁽⁹¹⁾。こうした判断方法には、危険実現判断にあたって危険内容を抽象化して把握する近時の日本の裁判例との共通性を見出すことができる。

BGHは、素因競合事例の処理に当たって、傷害致死が問題となる場面では、傷害行為と死亡結果との「直接性」（ないし「密接性」）を要求し、この要件のもとで被告人の行為に死亡結果発生⁽⁹¹⁾の危険性が含まれるかを検討している。学説においては、直接性要件は通常、一般的な客観的帰属要件が充足されることを前提とした、結果的加重犯における特別な帰属限定要件として理解されている。もっとも、判例③～⑤においては、端的に「事象経過が生活上起こりうることの範囲外にあるかどうか」が問われていることからすれば、直接性という要件のもとで、実質的には、一般的な

(91) *Rudolf Rengier*, Kein Ende der Erfolgshaftung bei den erfolgsqualifizierten Delikten, Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag, 2011, S. 479ff. は、最終結果の予見可能性のみを問題とする判例の立場を「最終結果テーゼ」と称したうえで、医学的希少性が問題となる事例や被害者の異常体質が問題となる事例のほか、近時は共犯過剰の事例にもこのテーゼが転用されていると指摘する。

客観的帰属要件としての危険実現関係が問われているにすぎない⁽⁹²⁾。学説上は、以下で検討するとおり、素因競合事例について、結果的加重犯に固有の直接性の問題ではなく、客観的帰属の問題に位置づけるのが大勢である。

客観的帰属論の立場から、BGHの立場は必ずしも賛同を得られていない。というのも、BGHは、傷害行為が死亡結果発生の一般的危険性を有していることのみを根拠に危険実現を肯定しているが、これを突き詰めると、そのような危険性を生じさせさえすれば、その後いかに異常な因果経過をたどったとしても危険実現が肯定されることになりかねないからである⁽⁹³⁾。もっとも、BGHも一般論としては「異常で不運な偶然が重なったような場合」には危険実現連関を否定する余地を認めており⁽⁹⁴⁾、具体的な因果経過の通常性が不要とされているわけではない。そうすると、なぜ心臓疾患などの素因が死因形成に影響したという点に限っては因果経過の通常性を問う必要がないのかが問題となるが、これに対する回答をBGHは示していない。

(2) 客観的帰属論からの処理

学説上は、判例のような危険内容の一般化・抽象化を否定し、素因競合事例についても、具体的な因果経過が非典型的なものとして危険実現関係が否定されないかを問うのが一般的である⁽⁹⁵⁾。もっとも、素因競合事例においていかなる範囲で危険実現関係を認めるべきかについては争いがある。

(92) Georg Steinberg, Faktischer Verzicht auf den „spezifischen Gefährzusammenhang“, NStZ 2010, S. 73. Vgl. Rengier, a. a. O. (Anm. 91), S. 482.

(93) Vgl. Bernhard Hardtung, Anmerkung, StV 2008, S. 410.

(94) 判例⑤は、BGHSt 31, 96, Urt. v. 30. 6. 1982を引用して、このように述べる。

(95) Vgl. Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht AT, 50. Aufl., 2020, Rn. 298.; Rudolf Rengier, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2020, §13 Rn. 69ff.

(a) 客観的帰属肯定説

まず、結論的には判例と同様に、素因競合事例において危険実現関係を広く認める見解がある。その理論構成としては、たとえば、血友病事例や、XがAに投石した結果、Aが精神的に不安定であったため驚愕のあまり心筋梗塞を発症して死亡したという事例について、『『非典型的な』因果経過であると認めるにあたってはできるだけ慎重になることが求められ、上記事例は全く起こりそうにないとはいえないのであるから、いずれも客観的帰属が認められるべきである』との指摘がある⁽⁹⁶⁾。血友病などの素因が競合して死に至るという現実の因果経過の異常性を問題としつつ、これを否定しているのが特徴である。

しかし、論者は、被害者が負傷した後、救護員が心臓発作を発症したために被害者を乗せた担架を落とした結果、被害者が死亡した場合については、そのような経過は日常生活経験の範囲外にあるとして、客観的帰属を否定しているところ⁽⁹⁸⁾、この因果経過と比較して、投石の被害者が血友病患者である蓋然性の方が高いとは一概にはいえないように思われる⁽⁹⁹⁾。血友病事例についても具体的な因果経過を問題とする以上は、これが異常な因果経過でない⁽¹⁰⁰⁾と評価するのは困難であろう。

(96) *Fritjof Haft*, Strafrecht AT, 9. Aufl., 2004, S. 56; *Bernd Heinrich*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2019, Rn. 249; *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 289.

(97) *Heinrich*, a. a. O. (Anm. 96), Rn. 249. その他に、XがAに投石した結果、Aが更なる投石をあまりにも大きさに恐れて逃げ出し、そのために車に衝突して死亡したという事例についても同様に客観的帰属が認められるとする。

(98) *Heinrich*, a. a. O. (Anm. 96), Rn. 249.

(99) *Rengier*, a. a. O. (Anm. 95), § 13 Rn. 72は、血友病患者に出会う蓋然性は10,000人に1人であるというデータに基づき、そのような因果要因は通常でない、稀なものであるとする。

(100) 日本では、たとえば、平野・前掲注(62)142頁が、相当性の程度について、『『相当でない』とは、極めて偶然的でないものを除くという趣旨』であるとして、蓋然性の程度は低いもので足りるとする見解を採用しているが、この立場からも、判例⑤のように、被害者を突き飛ばして転倒させた結果、被害者が心臓に高度の異

他方、行為者の行為それ自体から生じた危険性の程度によって客観的帰属の有無を区別しようとする見解もある。この見解は、判例⑤の事案と、軽微な追突事故の結果、重度の心臓病を患っていた被害者が心臓発作により死亡した事例とを比較し、後者の場合は、行為者の運転上の過失により、考慮するに値しない危険増加が存在したに過ぎないとして、客観的帰属を否定するのに対して、前者の場合は、生命に危険を及ぼすような身体⁽¹⁰¹⁾傷害により重大な危険増加が存在したとして、客観的帰属を肯定する。これは、行為それ自体の危険性を重視する見解であるといえる。

しかし、この見解が、BGH判例と同様に、行為の一般的危険性を重視するのか、それとも、行為者の行為によって生じた傷害の程度ないし結果への寄与度を重視するのかは明らかでない。そのため、血友病事例のように、行為それ自体は死の危険性を有するが、現実には被害者が負った傷害は軽微という場合の処理については問題が残る。

(b) 客観的帰属否定説

これに対し、血友病のような稀な疾患が影響して結果が発生した場合には非典型的な因果経過として客観的帰属を否定する見解も根強く存在する。この見解も、因果経過の細部にわたるまで予見可能であることを要求するわけではないが、判例⁽¹⁰²⁾のような因果経過の一般化・抽象化には反対する。たとえば、判例⑤の事案については、仮に被害者が肝臓損傷または脾臓損傷により死亡したとすれば、「足蹴りにより惹起された直接の臓器損傷が実現したのであるから」客観的帰属が認められるものの、被害者の心筋の損傷等が競合して太陽神経叢の刺激により被害者が死亡した本件では、「肝臓損傷または脾臓損傷は、異常体質とは何ら関係のない、仮定的

常を有していたために心筋梗塞で死亡した事案について、相当性に疑問が呈されている(同書143頁)。なお、平野・前掲注(46)41頁も参照。

(101) Steinberg, a. a. O. (Anm. 92), S. 73.

(102) Rengier, a. a. O. (Anm. 95), § 13 Rn. 71; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2016, § 10 Rn. 86.

「残存危険である」として、被告人の行為に肝臓損傷等により被害者を死亡させる危険があるからといって客観的帰属を認めることはできないとする⁽¹⁰³⁾。素因競合事例では、「血友病のために失血死した」、「心筋の損傷のために太陽神経叢の刺激により死亡した」という具体的な因果経過を問題とすべきであり、そのような経過の非典型性から客観的帰属を否定すべきというのである。

それでは、なぜ判例のような因果経過の一般化・抽象化が許されないと考えられているのかが問題となるが、その実質的根拠については、素因のリスクを被害者が負担すべきことが挙げられている。すなわち、血友病事例についていえば、結果に実現したのは、「血友病という疾患によって被害者に設定された潜在的な生活危険」であるという⁽¹⁰⁴⁾のである。血友病患者は日常生活の中で軽微な傷を負った際に重症化するリスクを負っており、軽微な傷害が行為者によって惹起されたとしても、重篤化のリスクは被害者が負担すべきであるという考え方がここには現れている⁽¹⁰⁵⁾。

このような被害者によるリスク負担を正当化する論拠としては、比例原則の観点を持ち出されている⁽¹⁰⁶⁾。すなわち、「通常でない病的素因の事例

(103) *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, a. a. O. (Anm. 102), § 10 Rn. 87.

(104) *Gerhard Seher*, Die objektive Zurechnung und ihre Darstellung im strafrechtlichen Gutachten, Jura 2001, S.817; *Rengier*, a. a. O. (Anm. 95), § 13 Rn. 72; *Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Anm. 95), Rn. 298.

(105) なお、過失犯の事例では、規範の保護目的という観点から、素因競合事例において結果帰属を否定しようとする見解がある（たとえば、*Andreas Hoyer*, in: *Systematischer Kommentar zum StGB*, Bd. 1, 9. Aufl., 2017, Anh. zu § 16, Rn. 83ff.）。たとえば、前方不注意等の過失により交通事故を惹起した結果、被害者に軽微なすり傷を負わせたにすぎなかったが、被害者が血友病に罹患していたために失血死したという事案では、当該過失行為を禁止する規範が、そのような因果経過からの保護を目的としていないとして、結果帰属を否定するのである。しかし、交通事故を防止するための規範が疾患等の有無により保護対象を選別しているとは思われず、その意味では、上記因果経過が必ずしも保護目的の範囲外にあるとはいえない（vgl. *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 96), S. 289）。規範の保護目的という観点から帰属を否定する見解も、結局は、具体的な因果経過の異常性を帰属否定の根拠としているにすぎないように思われる。

(たとえば血友病事例)において、他の者に対する一般的な行為禁止を通じて、特別な危険にさらされている者を保護することは、当該素因が存在すると推測する具体的根拠を欠く限り、正当化不可能なほど多面にわたって行動の自由を犠牲にすることによってのみ可能である⁽¹⁰⁷⁾とする。素因を有する者の保護と行動の自由の保障との比較衡量の視点が持ち出されているが、同様にリスク負担の公平性を指摘する近時のわが国の有力説とは、真逆の結論が導かれているのが特色である。ここから分かるのは、素因競合事例における結果帰属判断においては、素因のリスク負担の公平性に関する考え方の相違が結論に影響する重要な問題であるということである。

3 小括

ドイツにおける議論状況を概観したが、特にわが国の解釈論に示唆を与えるのは次の3点である。まず、①ドイツでは、素因競合事例の処理は判断基底の問題と関連づけて論じられてはいない。行為時の事情が競合する場合であっても非典型的な因果経過として客観的帰属を否定する余地が当然に認められており、客観説の立場は一般に採用されていないのである。もっとも、②判例は素因競合事例において広く結果帰属を認めており、その背景には、(予見可能性および直接性の検討段階で)結果発生の一般的・抽象的危険の存在を重視するという理論構成がある。これは、危険の現実化判断にあたって危険内容を一般化・抽象化する近時のわが国の裁判例と類似している。これに対し、③学説上は、危険内容の一般化・抽象化という判例の処理に対する批判が根強く主張されており、そこでは、素因のリ

(106) *Wolfgang Frisch*, Objektive Zurechnung des Erfolgs, JuS 2011, S. 117f.

(107) *Frisch*, a. a. O. (Anm. 106), S. 118.

(108) リスク負担の公平性という観点から素因競合事例で結果帰属を広く認める、わが国の学説は、素因競合事例と不発弾事例の異質性を強調するのに対して、*Frisch*, a. a. O. (Anm. 106), S. 117f. は、他人を飛行機旅または船旅に行かせ、それにより、その者が死亡する事例や、被害者がインフルエンザ感染のために病院で死亡する事例と血友病事例を同質に捉えている。

リスク負担の観点から、「被害者に存在する潜在的な生活危険」が実現したに過ぎないとして客観的帰属を否定する見解が見られる。このことは、わが国の近時の有力説が説くように、リスク負担の公平性という観点から直ちに結果帰属を肯定する帰結が導かれるわけではなく、リスクの配分方法に関する丁寧な検討が必要であることを示唆している。

V 素因競合事例における結果帰属判断の再構成

1 議論の前提の整理

(1) 検討対象とする事例の限定

ここまでの検討を踏まえて、最後に、素因競合事例における結果帰属判断の思考枠組みについて考察する。ここでは、論点の拡散を防止するために、「行為者による①故意の暴行・傷害行為の結果、被害者が軽微な傷害を負うにとどまったが、②一般人にとって認識不可能かつ行為者が認識していない、被害者の③身体的素因が競合したために、④被害者が死亡した事例」に限定する。

因果関係の判断は、行為者の実行行為を確定したうえで、これと結果との結びつきを検討するものであるが、故意犯と過失犯では実行行為の捉え方が異なりうる⁽¹⁰⁹⁾ことから、①の限定を付した。また、結果に影響した被害者の具体的な疾患等について、一般人が認識可能な状況にあるか、あるいは

(109) 過失犯における実行行為は注意義務違反と解されており、「危険の現実化という判断枠組みが過失犯で使用される場合、実際に生じた結果が義務内容確定の基礎に置かれた危険の一形態といえるか、という評価が問題になるから」、「因果関係の判断は義務内容確定と無縁のものではない」との指摘がある（樋口亮介「注意義務の内容確定基準——比例原則に基づく義務内容の確定」高山佳奈子=島田聡一郎編『山口厚先生献呈論文集』（成文堂、2014年）234頁）。注意義務を基礎づける危険と危険の現実化判断が連動すると考えれば、過失犯においては実行行為の確定が特に重要な意味をもつことになる。もっとも、本稿では、注意義務違反と危険の現実化の関係についてこれ以上の検討には立ち入らない。

は行為者が特に認識していた場合に因果関係が認められることに争いはないから、②の限定を付した。さらに、被害者の素因の性質はひとまず③のように限定し、被害者の信仰心などが結果に影響を与えた場合については、V 2(5)で検討する。なお、発生結果については便宜上④の限定を付したが、被害者が死に至らなくとも、当初の傷害とは異なる傷害結果が生じた場合には同様の議論が妥当すると思われる。

(2) 判断枠組みの選択

因果関係の判断方法については、判断基底論を中核とした相当因果関係説が伝統的に通説とされてきたが、前述のような構造上の難点を踏まえると、現在ではこの見解は支持できない。そこで、因果経過全体を判断対象とすることのできる、危険の現実化という枠組みを前提としたうえで、本事例に適用可能な形に危険の現実化の判断方法を具体化するという方向で議論を進めていくこととする。

もっとも、危険性判断にあたって行為時の全事情を基礎とする客観説を採用した場合、素因競合事例では危険の現実化が常に肯定されることになる。そのため、客観説の採否について検討しておく必要がある。この点に関しては、前述のように、客観説には、行為時の事情と行為後の事情を区別する点に問題がある。そもそも、客観説の論者自身が認めるように、因果経過の記述にあたっては、当該事情が存在したことが重要なのではなく、当該事情が結果発生に作用したことが重要なのであるから、結果発生に作用した事情である限り、それを行為時の事情と行為後の事情に区別する必然性はない。また、実行行為の危険性を純粹事後的に判断した場合、結果が発生した以上、危険は常に存在していたということになるが、これでは実行行為の危険性を要求する意味がなくなってしまう。予見不可能な

(110) 曾根・前掲注(53)38頁。

(111) Vgl. *Urs Kindhäuser/Till Zimmermann*, *Strafrecht AT*, 9. Aufl., 2020, § 11 Rn. 10f.

行為後の事情が競合したことを理由に危険の現実化を否定する余地を認めるのであれば、認識不可能な行為時の事情が競合した場合にも、同様に危険の現実化を否定する余地を認めるべきである。⁽¹¹²⁾

このように考えると、行為の危険性判断にあたっては、基礎事情の絞り込みを行わざるをえない。折衷説の基準のうち、一般人が認識しえた事情を判断基底の限界とする点については、行為後の事情に関する限り、客観説と差異はなく、行為時の事情と行為後の事情の区別に合理性がないとすれば、折衷説のように考えるべきであろう。⁽¹¹³⁾ そもそも、危険の現実化判断は、行為の危険性判断を前提とするものであるが、実行行為に結果発生の危険性が要求される根拠は、そのような危険を創出していない者に結果を帰属することは過度な行動制限を招き、比例原則の観点から正当化されないという点に求めることができる。⁽¹¹⁴⁾ こうした過度な行動制限の回避という

(112) なお、山口・前掲注(13) 60頁は、判例の立場について、「実行行為の危険性は、行為時に存在した事情を基礎に客観的に判断される」とする。しかし、唯一性・直接性不要の法理が判断基底論に関して何ら言及していないことや、素因競合事例に関する近時の裁判例が、危険内容の一般化・抽象化という客観説からは本来不要なはずの作業を経て危険の現実化を肯定していることからすれば、判例の立場が客観説であると断定することはできないように思われる。

(113) 客観説は、危険性判断（相当性判断）が裁判時に立った客観的な事後判断（客観的事後予測）であることから、裁判時に至って初めて判明した事情をも判断基底に含むべきと考えるのかもしれない（曾根・前掲注(53) 4頁参照）。しかし、客観的事後予測もあくまで行為者の立場に立った予測判断なのであって、純粋に事後的・客観的な因果関係判断を要請するものではなく、相当性の判断主体が裁判官であることを意味するにとどまる。現に、客観説も行為後の事情については予見可能なものに限って相当性判断の基礎としている。また、ドイツの体系書やコメントールを見ると、客観的事後予測について、分別のある人間の知識と行為者固有の特別知識を備えた客観的な観察者による、行為前に判断する立場に身を置いた判断と解されており（たとえば、*Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht AT, Bd. 1, 5. Aufl., 2020, § 11 Rn. 40*）、行為時の全事情を判断基底に組み込むことは客観的事後予測という判断方法と必然的に結びつくものではない。

(114) 広義の相当性（実行行為性）を要求する根拠を行動の自由の著しい制約の回避に求めるものとして、林（幹）・前掲注(60) 28頁以下。Vgl. *Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 72*. なお、結

趣旨からしても、およそ一般人の認識不可能な事情が原因で生じた結果の帰属は排除されるべきことになるろう。

これに対し、一般人に認識不可能な事情であっても行為者が認識していた事情を判断基底に組み込む点については、客観説の立場からは、行為者の主観面によって因果関係の有無が左右されることに疑問が呈されている⁽¹¹⁵⁾。しかし、行為の危険性判断においては、事実的因果関係の発見が問題とされているのではなく、帰責範囲の限界を画する法的評価が問題とされているから、行為者の主観によって結論が左右されることは必ずしも不当ではない⁽¹¹⁶⁾。また、比例原則の観点からしても、結果発生の原因となった事情を行為者が認識している以上、その結果を行為者に帰属させても過度な行動制限を招くものではなく、正当化可能である⁽¹¹⁷⁾⁽¹¹⁸⁾。

果の加重犯の場合、実行行為は基本犯に該当する行為であり、そのような行為を遂行する自由が認められるわけではないが、加重処罰を基礎づけるためには、やはり比例原則の観点から、少なくとも加重結果発生危険を創出する必要があるだろう。ただし、基本犯に該当する行為の要保護性が認められないことからすれば、要求される危険の程度は、結果発生がおよそありえないとはいえないというレベルで良いと思われる。

(115) 平野・前掲注(46)35頁以下。

(116) 佐伯・前掲注(42)65頁参照。

(117) Vgl. *Frisch*, a. a. O. (Anm. 106), S. 118.

(118) もっとも、行為者の主観面を危険性判断の基礎とすべき積極的根拠は別途問題となる。この点に関連して、行為者の行為意思が、因果関係の起点となる「行為」の具体的属性であることから、行為者がどのような行為意思をもっているかは、因果関係の相当性(危険性)の判断に影響を及ぼしうるとの見解(高山・前掲注(60)15-16頁)がある。この見解からは、「かなり距離のある所にいる人を狙ってピストルを撃ち、そして弾があたってその人は死亡した、という場合」と「ピストルの扱い方を誤った結果、暴発してしまい、同じくかなり距離のある所にいる人にあたってその人が死亡した、という場合」とでは、行為者の主観面の違いから相当性(危険性)の程度に差異が生じうることが指摘されている(高山・前掲注(60)15頁)。仮に危険性を統計的確率の観点から見た結果発生危険の蓋然性と考えた場合には、銃口の向きや障害物の有無などの客観的状況が相当性の有無を決するのであり、こうした客観的状況が同一である限り、行為者が「狙って撃とうとしているかどうか」は危険性判断に影響しないといえるだろう。しかし、危険性判断において、統計的確率を厳密に認定したうえでの蓋然性判断を要求すれば、素人が遠くか

2 素因競合事例における危険の現実化判断

(1) 危険の現実化判断の問題点

危険の現実化の判断構造は、①実行行為の危険性の内容を明らかにしたうえで、②その危険が現実の因果経過および結果に現実化したといえるかを問うものである。⁽¹¹⁹⁾ 言い換えれば、現実の因果経過が、実行行為に内在する典型的危険の範囲内に含まれるかを検討するものである。この枠組みを事案解決に用いる場合には、現実の因果経過を包摂しうるような、実行行為に含まれる危険の内容を明らかにする必要があるが、実は、危険の現実化という枠組みそれ自体からはその危険の把握方法に関する指針を何ら読み取ることができない。わが国の学説検討の中で言及したとおり、危険の現実化を要求する根拠については、謙抑性（ないし一般予防の限界）の観点からの説明が試みられている。しかし、謙抑性とは、刑罰は最小限であるべきことを意味するにとどまるのであって、そこからより具体的な基準を導くことはできない。⁽¹²⁰⁾ そこで、事例類型ごとに、その類型に固有の政策的考慮も踏まえて、危険の把握方法を明確化していく必要がある。⁽¹²¹⁾

らピストルで人を撃って死亡させた場合には、結果発生⁽¹¹⁹⁾の蓋然性がわずかであるがゆえに危険性を否定せざるをえなくなってしまう点で妥当でないことを踏まえれば、行為者の主観面を考慮する高山の見解は首肯できる。加藤正明「相当因果関係説について」神奈川法学50巻3号（2018年）50頁以下は、相当性説の基礎にある確率概念を、その統計的側面ではなく、事象の個別具体性ゆえ結果が発生するかどうか不確定な中で、結果が発生するものと感ずることの「賢さ」に関わるものだと捉えたとうえで、広義の相当性は「構成要件的結果発生⁽¹²⁰⁾の連想しやすさ」にも左右されるとして、行為者の主観が相当性（危険性）判断に影響することを基礎づけている。

(119) ①は事前判断、②は事後判断ということになるが、このような「事前・事後判断二元論」の詳細な基礎づけとして、杉本一敏「相当因果関係と結果回避可能性（六・完）」早稲田大学大学院法研論集106号（2003年）409頁以下参照。

(120) 小林（憲）・前掲注（5）145頁参照。

(121) 因果関係判断における「実行行為の帯びる危険の把握」という作業の意義を指摘するものとして、樋口亮介「判批」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第8版〕』（有斐閣、2020年）29頁。

(2) 素因競合事例を素材とした危険の現実化判断の具体化

(a) 余病併発事例の検討

素因競合事例に検討を加える前提として、これと関連する余病併発事例に検討を加える。たとえば、被害者の腹部をナイフで刺す行為には、その物理的作用によって生じた直接の傷害により被害者が死亡する危険が当然に認められ、現実には被害者が失血死した場合には、失血死に至る機序を詳細に認定するまでもなく、そのような危険の現実化を認めることができる。また、被害者の頸部を紐で長時間絞めつけたという場合、その物理的作用により直接窒息死に至ったのであれば当然危険の現実化が認められるが、被害者が頸部圧迫により意識消失状態に陥りその状況下で嘔吐したために吐物誤飲により窒息死したとしても危険の現実化を認めてよいだろう。頸部を絞めつける行為には、その物理的作用によって直接死亡する危険のほか、その物理的作用によって直接生じた状態から身体内部の生理的作用を通じて派生した症状により死亡する危険も認められるためである。

これに対し、問題となるのは、実行行為それ自体は直接の物理的作用により死をもたらす危険を有するものであるが、現実には死に至る機序が医学的観点から稀有であったような場合である。たとえば、過失犯の事例ではあるものの、東京高判昭44・10・30高刑集22巻5号822頁は、交通事故により右大腿骨骨折等の傷害を負った被害者が寝たきりとなって、じよく創が発生し、それが次第に悪化した結果、事故から約8か月後に肺浮腫、心機能障害を来して被害者が死亡したという事案について、「被害者の背腰部下肢じよく創が被告人の加害行為による大腿骨々折の併発症であり、またそれが全く偶発的なものではないとしても、じよく創がひどくなり肺浮腫、心機能障害をきたしてその結果死亡に至ることが、経験上一般に普通発生するものであるとするには、……これを認めるに足りる証拠に乏しい」として、交通事故を起こした被告人の過失行為と死亡結果との間の因果関係を否定している。⁽¹²²⁾ 本判決は、〈交通事故→大腿骨骨折→じよく創の

(122) なお、同様に、余病併発事例において、具体的な因果経過の相当性に判断を加

発生・悪化→肺浮腫・心機能障害」という経路で死に至る危険性は、実行行為に内在する典型的危険に含まれるものではないとの判断を示すものといえる。もっとも、本件事故による傷害からじょく創のような併発症が生じることが異常とまではいえないことは本判決も認めているのであるから、「本件事故から生じた傷害に起因する併発症から何らかの身体内部の病的変化を通じて死に至る危険性」という形で抽象的な危険把握を行えば、その危険が実行行為に含まれることは否定できず、本件の因果経過もそのような危険の一態様にすぎないとして危険の現実化を肯定することも可能である。ここでの問題の所在は、現実の因果経過との関係で、実行行為の危険性をどの程度まで一般的・抽象的に把握することが許されるかという点にある⁽¹²³⁾。

この一般化・抽象化の限界に関する総論的基準を示すことは困難であるが、危険の現実化要件が謙抑性の観点から要請される帰責限定要件であるとするれば、謙抑性が働く場面であるかの判断に影響を及ぼす法的に重要な事実を捨象することは許されないことになるだろう。たとえば、他人の故意・過失行為が介入した事例では、これらの事情を捨象した形での抽象的危険把握は行われず、他人の行為を介して結果に至る危険性が実行行為に含まれるかを検討するのが一般的であるが、これらの事情を捨象することが許されない根拠は、他人の故意・過失行為といった事情は刑法的評価にかかわるものであり、謙抑性の観点から結果帰責の範囲を画するにあたって無視できない重要な事実である点に求めることができる⁽¹²⁴⁾と思われる。これに対し、余病併発事例では、危険把握にあたって、身体内部の病的変化

え、「斯る感染例は極めて稀有の事例なること」を根拠に刑法上の因果関係を否定した裁判例として、東京控判昭8・2・28新聞3545号5頁（浜口首相暗殺事件）。

(123) 前述のとおり、裁判例は、因果経過の一般化・抽象化を認める傾向にある。

(124) 小林（憲）・前掲注（61）210頁参照。ただし、判例・多数説の立場からは、大阪南港事件のように、新たに死因を形成することなく、幾分か死期を早める影響を与えたにとどまるような他人の行為について捨象することは許されることになるだろう。

の機序をどこまで具体化すべきかが問われることになるが、刑法は、死に至る医学的機序の詳細に関心を有するわけではないから、実行行為から物理的・病理的作用を通じて死亡結果が生じている以上、その経路が医学の世界では稀な症例と評価されるとしても、そのことが処罰範囲の限定を基礎づけるような重要な事実になるとは思われない。たとえば、大判昭15・6・27刑集19巻387頁(腸チフス事件)では、被告人が殺意をもって腸チフス菌を塗布した饅頭を被害者に食べさせた結果、被害者が腸チフス菌による敗血症状を呈し死亡したという事案において、被告人の行為と被害者の死亡との間の因果関係が争われたが、弁護人が、腸チフス死亡原因のうちチフス敗血症の割合は1.5%ないし3.1%であるというデータを示したうえで、本件被害者は稀に見る経過で死亡したとして因果関係は否定されると主張したのに対して、大審院は、腸チフス罹病者の死亡率が平均20%であることから、被害者の「死の転帰は決して稀有特殊の現象と断すべき場合に非ず」として、「法律上因果関係ある」と判示した。腸チフス死亡原因としては、重症心臓衰弱、腸出血、衰弱などがあり、敗血症は比較的稀な症例であるとされているが、腸チフス菌の体内への侵入が当該疾患の直接の原因となっている以上は、いずれの疾患が生じたとしても同様に扱うべきである。大審院が、腸チフス罹病者のチフス敗血症による死の可能性ではなく、腸チフス罹病者の一般的な死亡率を問題としたのは正当であり、危険の現実化の公式に引き直せば、腸チフス菌を体内に取り込ませるといふ本件行為には「その物理的・病理的作用によって身体内部の病的変化を引き起こして死亡させる危険性」があり、現実には、被害者が腸チフス菌の影響でチフス敗血症を来して死亡した本件では、そのような危険が現実化したと評価できることになる。

以上をまとめると、余病併発事例においては、他人の行為等が介在していない限り、⁽¹²⁶⁾①実行行為にその物理的・病理的作用によって身体内部の病

(125) 同判決の弁護人上告趣意参照。

(126) ただし、余病併発事例では結果発生までに時間的間隔があり、事実上、その間

的变化を引き起こして被害者を死亡させる危険性が認められる場合には、②実行行為から死亡に至る現実の経過を物理法則・医学法則のみで説明可能であれば、危険の現実化を認めることができ、医学的見地からすれば稀な症例が発生したこと（医学的希少性）は危険の現実化を否定する要素とはならない。⁽¹²⁷⁾

（b）素因競合事例の問題点と解決の指針

素因競合事例も、実行行為から死亡に至る経過を物理法則・医学法則のみで説明可能である点では余病併発事例と異ならない。その意味では、実行行為にその物理的・病理的作用によって身体内部の病的変化を引き起こして被害者を死亡させる危険性が認められさえすれば、危険の現実化を認めてもよいようにも思える。日独の判例もこのような処理に親和的であるといえる。

たしかに、素因競合事例のうち、実行行為がすでに死因を形成しており、被害者の素因が結果発生を促進し、または、死期を早めたにすぎない場合は、素因の競合を捨象した形での危険把握をしたうえで、危険の現実化を認めても問題ないだろう。⁽¹²⁸⁾しかし、血友病事例のように、実行行為が直接引き起こした傷害がそれ単独ではおよそ死亡結果をもたらすものでない場合には、見解が分かれる。

血友病事例で因果関係（危険の現実化）を否定するべきとする見解は、

①「銃弾が身体の枢要部に直撃し大量出血を招いて失血死させる危険」

に通常の治療行為や被害者の日常生活上の行為などが複数存在することになるが、これらが結果発生に有意な影響を与えていない限りは、これらを捨象した形での危険把握も許されるだろう。

(127) これは、わが国の裁判例の傾向とも合致する。ただし、あまりにも異常な経路であるために事実的因果関係の存在そのものを疑わせる場合はありうる（後述V 2(4)参照）。

(128) 大阪南港事件のように、他人の行為が介在した場合であっても、結果への寄与がわずかなものについては捨象することが許されていることからすれば、結果への寄与がわずかな素因についても同様に考えてよいだろう。

と㉑「銃弾が身体の枢要部以外(腕等)にかすり傷を与え、血友病のために血液凝固能力が低下していた被害者の大量出血を招いて失血死させる危険」は質的に異なるものと考えられていると思われる。では、この見解がなぜ㉑と㉒を質的に異なるものと考えているのかが問題となるが、ドイツの一部学説が示唆するように、その背景には、血友病が原因で死に至る危険は被害者に潜在する生活危険であり、被害者がリスクを負担すべきという価値判断があるものと思われる。このような価値判断を前提とすれば、血友病という素因の存在は、だれをリスク負担者とするかの判断に影響する事実であり、謙抑性が働くかの判断に影響を与えるから、素因の存在を捨象する形での一般的・抽象的な危険把握は許されないことになろう。

これに対し、血友病事例で因果関係(危険の現実化)を肯定すべきとする見解は、㉑の危険と㉒の危険とは「銃弾の当たり所」に違いがあるにすぎず、⁽¹²⁹⁾質的相違はないと考えているのであろう。近時のわが国の裁判例やドイツ判例が、行為の危険性を判断するにあたって、素因の存在を捨象する形での一般化・抽象化を認めているのも、㉑と㉒に質的相違はないという理解の現れといえよう。リスク負担の公平性の観点から素因競合事例で結果帰属を肯定するわが国の一部有力説は、被害者の素因に起因するリスクは行為者に負担させるのが政策的に妥当であるとの考慮から、㉑と㉒の同質性を実質的に根拠づけようとする見解と評価することができる。

このように、素因競合事例における結果帰属の可否の問題は、危険の現実化という枠組みのもとでは、素因に起因するリスクの負担という観点から行為の危険把握をどの程度まで一般化・抽象化することが許されるかという問題として再構成することができる。ここでの問題の核心は、素因に起因するリスクの公平な分担のあり方に求めることができるだろう。すなわち、わが国の有力説が主張し、判例が暗黙の前提とするように、行為者がそのようなリスクを負担するのが公平にかなうのか、それとも、素因に

(129) 小林憲太郎『刑法総論〔第2版〕』(新世社、2020年)56頁。山口・前掲注(60)133頁も参照。

起因するリスクは被害者に潜在するものであって、被害者が負担するのが公平にかなうといえるのか、という観点から議論を展開する必要がある。

素因のリスク負担のあり方について考えるにあたっては、民事不法行為法における議論や社会科学の知見も参照したうえでの慎重な検討を要する。そのため、本稿ではアウトラインを示すにとどまらざるをえないが、結論からいえば、基本的には、行為者に素因のリスクを負担させるべきである。リスク負担のあり方を考えるにあたってまず考慮に入れなければならないのは、素因のリスクを被害者に負担させるということは、素因を有する者にそのリスクを回避するための措置をとることを要求し、そのような措置をとることができない場合には、社会への参加を差し控えることを求めることを意味することになってしまうという点である。⁽¹³⁰⁾そして、身体的素因は自己の意思・努力によって変更できる性質のものでないことからすれば、被害者にリスク回避措置を求めたり、社会参加を差し控えることを求めたりするのが合理的とはいえない。

これに対し、学説の中には、「被害者が健康管理をどのようにしていたか」を危険の現実化判断の考慮要素とする見解もある。⁽¹³¹⁾これは、被害者自身の不摂生を原因とする素因については、そのリスクを被害者自身に負わせようとするものと思われる。しかし、仮に身体的素因が自己の不摂生を原因とするものであったとしても、一度素因を有するに至った以上は、自らの意思ではいかんともしがたいものであることに変わりはない。それにもかかわらず、自己の不摂生を原因とする素因を有する者にリスク負担を求めることは、国民に日頃から健康的な生活を送ることを求め、ライフスタイルに干渉することにつながりかねない。日頃の不摂生が疾病につながるかは必ずしも予期しうるものでなく、偶然に委ねられる面も少なくないことも踏まえれば、素因を有するに至った原因に着目した区別は妥当でな

(130) 小林（憲）・前掲注（80）184頁以下参照。同論文は、民事不法行為法の議論も踏まえた詳細な検討を行っている。

(131) 塩見・前掲注（79）23頁。

いと思われる。

また、リスク回避のための措置が容易であるために、それが期待可能である場合には、そのような措置をとらなかったことから生じるリスクは被害者が負担すべきとする見解もある⁽¹³²⁾。しかし、リスク回避の措置をとることそれ自体が社会参加の障壁となる場合もありうることを考えれば、リスクを有する者にそのような措置を要求することが適当とは言い切れないように思われる。

以上をまとめると、素因のリスクの公平な分担という観点からは、認識不可能な素因の競合は危険の現実化を否定する要素ではなく、当該素因の競合を捨象する形での危険把握も許されることになる。そのため、素因競合事例においても、余病併発事例と同様に、①実行行為にその物理的・病理的作用によって身体内部の病的変化を引き起こして被害者を死亡させる危険性が認められ、②実行行為から死亡に至る現実の経過を物理法則・医学法則のみで説明可能である場合には、危険の現実化を認めることができる。もちろん、素因のリスク負担を行為者に求めることが行為者の行動の自由に対する過度な制約となることは許されないが、①として実行行為の危険性を要求し、危険性判断にあたって基礎事情の絞り込みをすることにより、行動の自由の過度な制約を回避できるのであって、行動の自由との比例性を担保するためにはそれで十分である。

①②要件の具体的適用にあたっては、①との関係では、実行行為としての危険の認定方法が、②との関係では、事実的因果関係の認定方法がそれぞれ問題となるため、以下、順次検討を加える。

(3) 実行行為としての危険の認定

医学的希少性や認識不可能な素因の競合それ自体によって危険の現実化が否定されないことを確認したが、余病併発事例にせよ、素因競合事例に

(132) 小林(憲)・前掲注(80)192頁は、脳梅毒の被害者が頭部の揺れを抑えるためのコルセットを装着しなかった場合をその例として挙げる。

せよ、少なくとも、実行行為にその物理的・病理的作用によって身体内部の病的変化を引き起こして被害者を死亡させる危険性が認められる必要がある。ここでは、実行行為の一般的な危険性が問題となるのであって、たとえば、血友病事例では、人に向かってピストルを発射する行為には、身体の枢要部に銃弾が命中して死亡する一般的な危険性が認められる以上、被害者はかすり傷を負ったにすぎないが、血友病であったために死亡したという現実の因果経過に評価を加えるまでもなく、実行行為としての危険性を認めることは可能である。すなわち、実行行為の危険性判断は、具体的な因果経過全体を評価対象とするものではなく、実行行為それ自体を評価対象とするものである。

前述のとおり、実行行為の危険性を認定するにあたっては、一般人にとって認識不可能かつ行為者が認識していない素因の存在を考慮することなく検討する必要があるが、ナイフで身体枢要部を刺す、ピストルを人に向けて発射する、首を一定時間絞めつける、頭部を蹴りつけるなどの行為については類型的に「物理的・病理的作用を通じて被害者を死亡させる危険性」を認めても差し支えないだろう。類型的にそのような危険性を認めることができるか定かでない暴行等については、暴行の程度・態様、身体枢要部に攻撃が命中する可能性、凶器の有無・種類、行為者と被害者の体格差、被害者の年齢なども考慮して判断することになるだろう。たとえば、判例②や⑥の事案は、こうした事情を考慮することによって、実行行為の物理的作用により直接死亡結果を生じさせる危険性を認めることができる⁽¹³³⁾だろう。

他方、たとえば、Xが、外見上健康そうな若年者であるAの頬を平手で1回殴打した結果、心臓疾患を有していたAは憤激時の興奮のため心

(133) 最高裁の唯一性・直接性不要の法理は、実行行為の危険性判断を不要とする趣旨まで含むものではないから、本稿の立場は必ずしも最高裁判例と矛盾するものではない。なお、島田一「被害者の行為の介在と因果関係」池田修＝杉田宗久編『新実例刑法総論』（青林書院、2014年）54-55頁、米山正明「因果関係の認定」木谷明編『刑事事実認定の基本問題〔第3版〕』（成文堂、2015年）118-119頁参照。

臓麻痺を惹起して死亡したという事例では、XがAの心臓疾患を知っていたのでもない限り、実行行為としての危険性を認めることができないようにも思える。これに対し、裁判例の中には、「世の中には、心臓等の持病を抱えて脆弱な体質ながら通常の社会生活を送っている者が少なからず存在していること」から、被害者の属性を「心臓等に持病を有する脆弱体質者」と類型化したうえで、実行行為がそのような持病に作用して死亡結果を生じさせる危険性を認めるものもある。⁽¹³⁴⁾仮に被害者の具体的な疾患を認識できなくても、「心臓に一定の健康上のリスクを有する者」といったレベルでは、たとえ被害者が外見上健康そうな若者だとしても、社会常識からして認識可能といえる。そして、実行行為の危険性として検討されるのは、具体的な因果経過を離れた一般的な危険性であるから、その判断にあたって、素因を抽象的に捉えることも許されるだろう。したがって、上記例では、心臓に一定のリスクを有する脆弱体質者を被害者として想定した場合に、Xの平手で殴打する行為が、そのような者を死に至らせる危険性を有する程度のものであったかという観点からの検討が必要となる。上記例と同種の裁判例⑨の事例では、被害者が62歳と比較的高齢であることも踏まえて、被告人の殴打行為が、心臓に一定のリスクを有する者に対して死の結果を生じさせることがありえないとはいえないような程度・⁽¹³⁵⁾態様であったかを検討することになるだろう。このように考えると、素因競合事例で実行行為の危険性が否定されるのは、被害者の属性を「心臓等

(134) 裁判例⑩参照。なお、裁判例⑩は、被告人は被害者死亡の結果を予見しえなかったとの弁護人の主張に対して、致死結果の予見可能性は不要としつつ、「被告人は、……被害者がランニング中に倒れて意識を失ったことがあることや、仙台に来てからも同女が走って電車に乗った際に心臓が苦しかったと話すのを聞いて知っていたのであるから、本件暴行に及んだ時点で、同女が激しい運動、特に走ることに脆弱な体質であることを認識していたと認められ、被害者の脆弱な体質とあいまって生死に関わるような重篤な症状を招来することが予見できなかったとはいえない」と判示している。

(135) また、裁判例⑫では、被害者を「何らかの血液疾患を有する者」と典型的に把握して危険性判断をすることが考えられる。

に持病を有する脆弱体質者」と類型的に捉えても、およそ死の結果を生じさせることがありえないほど軽微な暴行・傷害を加えたが、被害者の具体的な特殊の疾患が原因で死に至ったような場合に限られることになると思⁽¹³⁶⁾われる。

（4） 事実的因果関係の認定

素因競合事例においても、実行行為と死亡結果との間の事実的因果関係（条件関係）が必要であることは当然である。そして、実行行為の物理的・病理的作用により被害者が死亡する危険が現実化したと認められる関係が必要であることからすれば、事実的因果関係の認定にあたっては、物理法則・医学法則に基づく認定が必要であって、具体的な事実経過の法則的結びつきが明らかでない場合には、危険の現実化を認めることはできない。

前述のとおり、医学的に稀な経路をたどったことそれ自体が危険の現実化を否定する要素とはならないが、医学的に稀であることは、実行行為とは別個独立の結果発生原因が存在することを疑わせる事情にはなるから、事実的因果関係が存在しないことを推認させる事情とはなりうる。しかし、具体的事実関係を離れて、当該症例の発生が医学的に稀であるという一般的判断のみから事実的因果関係を否定することはできない。たとえば、最判昭37・8・21刑集16巻8号1303頁は、被告人が被害者Aに濃硫

(136) なお、過失犯における実行行為は注意義務違反と考えられており、素因競合事例において、実行行為としての危険性が認められる場合であっても、当該行為の利益性との衡量の結果、注意義務違反が否定されることはありうる。たとえば、BGHSt. 14, 52, Urt. v. 9. 12. 1959では、生徒である被害者が教室で花瓶の破片を投げようとしたので、教師である被告人が、他の生徒が怪我することを危惧して、被害者のところへ駆け寄り、左ほおを平手打ちし、鼻から出血させた結果、血友病患者であった被害者が死亡したという事案について、教師に一定の限度で懲罰権が認められることを前提に、教師が事前に母親から被害者の血友病について知らされていたにもかかわらず平手打ちという手段で懲罰を加えた点に過失が認められるかが争われたが、BGHは過失を否定し、被告人を無罪とした。

酸を浴びせ、硫酸腐蝕傷を負わせたところ、その後、同人が結核性胸膜炎にかかり循環機能不全を起こし死亡したという事案について、原審が、「硫酸腐蝕傷を受けた人が結核性胸膜炎にかかり循環機能不全をおこすことは極めて稀れにある」との一般的判断のみを示したものと解される鑑定結果のみを根拠に、本件具体的事実関係における因果関係を否定したのは、証拠理由不備の違法があるとして、原判決を破棄し、原裁判所に差し戻している。同判決は、本件における因果関係の判断にあたっては、「先ずもつて、Aは右硫酸腐蝕傷に基づく合併症として他の何らかの疾病を併発し或いは硫酸腐蝕傷の範囲が広がったこと等により重要臓器が害された等のため全身状態が悪くなっていたことはなかつたか否か、かようなことがあつたとすれば、そのために同女は単独の結核性胸膜炎のときよりも循環機能不全を起し易い関係にあつたか否かの点を厳格な証拠に基いて確定しなければならない筋合であると思料する」と判示しており、これらの事情は事実的因果関係の認定にあたっての考慮要素となりうるだろう。

他方、素因が競合したという事実それ自体は危険の現実化を否定する要素とはならないから、上記のような事実的因果関係が認定できるのであれば、素因の影響の程度を厳密に認定する必要はない。たとえば、裁判例^⑮は、被害者が、被告人の傷害に起因するストレス性胃内損傷に基づく胃内出血による出血性ショックにより死亡したことが認定できるが、胃内損傷の病態については、胃の血管の走行異常という被害者の特異体質を要因とするデュラフォア潰瘍による可能性が高いものの、確定的な認定はできないという事案であったが、因果関係を認定するにあたっては、特異体質の影響や胃内損傷の病態を明らかにする⁽¹³⁷⁾必要はない。裁判所も、「右傷害に起因するストレス性胃内損傷に基づく胃内出血による出血性ショックであることが関係各証拠から認められれば必要にして十分であるから、厳密に胃内損傷の病態がいかなるものであるのかまで特定される必要はない」と⁽¹³⁸⁾判示している。

(137) 杉本・前掲注(32)305頁参照。

(5) 「素因」の射程

被害者の素因が危険の現実化を否定する要素にならないことを確認したが、このことは、身体的素因が競合した場合に限られるのか、宗教上の信仰のような被害者の「信条」についても同様に当てはまるのかという点は問題となりうる。この問題については、英米法の議論が参考になる。

英米法においては、*actus reus* として行為と結果との間の因果関係が犯罪成立の要件とされ、「but for」テストにより判断される「事実的因果関係」に加え、「法的因果関係」が必要とされている⁽¹³⁹⁾。そして、法的因果関係の判断にあたっては、予測原理や自律原理を用いて、事例類型に応じたきめ細かな判断がなされている⁽¹⁴⁰⁾。その中でも、素因競合事例における因果関係判断については、「被告人は被害者をありのままに受け入れなければならない」という判例法理が確立しており、死亡結果が被告人の違法行為によって引き起こされていなければそれで十分であるとされている⁽¹⁴¹⁾。

(138) ただし、量刑との関係では、素因の競合は被告人に有利な事情となりうるから、素因が結果発生に影響した程度を認定することが望ましい（後述V 3(2)参照）。

(139) アメリカ法について、JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 171-187 (8th ed. 2018)、イギリス法について、RICHARD CARD & JILL MOLLOY, CARD, CROSS & JONES CRIMINAL LAW 56-74 (22d ed. 2016)。

(140) JEREMY HORDER, ASHWORTH'S PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 115-118 (9th ed. 2019)。

(141) イギリスおよびアメリカにおける因果関係論の概要については、里見聡瞭「イギリスにおける因果関係論に関する一考察」法学会雑誌59巻2号（2019年）205頁以下、同「判例法主義の国における因果関係論と日本の危険の現実化に関する一考察」法学会雑誌60巻2号（2020年）189頁以下参照。

(142) The defendant must take his victim as he finds him. 邦訳は、アンドリュー・アシュワース＝ジェレミー・ホーダー（同志社大学イギリス刑事法研究会訳）『イギリス刑法の原理』（成文堂、2021年）154頁〔田坂晶訳〕、里見・前掲注〔141〕〔「イギリスにおける因果関係論に関する一考察」〕220頁を参照。See H. L. A. HART & TONY HONORÉ, CAUSATION IN THE LAW 342-344 (2d ed. 1985). (邦訳として、H. L. A. ハート＝トニー・オノレ（井上祐司ほか訳）『法における因果性』（九州大学出版会、1991年）632頁以下参照。)

(143) R v. Hayward (1908) 21 Cox CC 692.

素因競合事例に特別な帰属ルールが設けられている点特徴的であるが、この「被害者をありのままに受け入れなければならない」法理は、被害者の身体的素因が競合する場合に限らず、被害者の宗教的信仰に基づく意思決定が競合する場合にも適用されている。イギリスの⁽¹⁴⁴⁾Blaué判決では、被告人が、被害者である少女をナイフで刺し、肺に達する重大な刺し傷を負わせ、病院に運ばれた被害者は医師から輸血が必要だと言われたが、エホバの証人であった被害者が信仰上の理由で輸血を拒否したために、被害者が死亡したという事案で、被告人に故殺の罪が認められている。本件では、死の物理的原因は、肺の貫通により生じた胸膜腔に至る出血であったとされているが、適時に輸血がなされていれば被害者は死亡しなかったであろうことは検察官も認めている。そこで、被告人は、「少女が輸血を拒否したことは不合理であって、刺す行為と死との間の因果関係の鎖を切断した」と主張した。これに対して、Lawton裁判官は、「他人に暴行を加えた者は被害者をありのままに受け入れなければならない」という原理を示したうえで、これは「その人全体」に及ぶものであって、「その人の身体」だけに及ぶのではないとする。そして、「加害者が、被害者が何らかの治療を受けるのを妨げた宗教的信念が不合理であったと主張することはできない」と判示した。

このように、「被害者をありのままに受け入れなければならない」ルールが「その人全体」に及ぶことを明示したうえで、被害者の死を惹起したのは「刺し傷」であるから、「被害者が、死が生じるのを妨げることを拒絶した」という事実は、行為と死との間の因果の鎖を切断するものでなかった」とした。

危険の現実化という観点から、この輸血拒否事例に検討を加えると、まず、ナイフで人を（刺し傷が肺に達するほどの力で）刺す行為には、被害者に大量出血を招いて失血死させる危険性が認められるため、最初の刺し傷によって、適時に輸血を施しても結果を回避しえない程度の出血を招いて

(144) R v. Blaué [1975] 3 All ER 446.

いたとすれば、被害者の輸血拒否が結果に影響を与えたとはいえない以上、輸血拒否の事実は捨象して、危険の現実化を認めることができるだろう。⁽¹⁴⁵⁾

問題となるのは、被害者が輸血を拒否しなければ救命できたような場合である。宗教上の信仰に基づく意思決定についても、身体的素因と同様に、そこから生じるリスクを行為者が負担すべきとすれば、輸血拒否の事実を捨象した形での危険把握も許されることになる。⁽¹⁴⁶⁾ 宗教上の信仰心が容易に変更可能なものでないとすれば、身体的素因と同様に扱う余地もあるかもしれない。しかし、宗教上の信仰については、「修正されたり放棄されることもある」から、必ずしも身体的素因と同視できないことが指摘されている。⁽¹⁴⁷⁾ また、信仰に基づく意思決定のリスクを被害者に負担させたとしても、自己の生命・身体よりも信仰上の価値を優先すべきと考えている者にとっては、信仰を差し控える理由とはならないのであるから、信教の自由の制約につながるとは必ずしもいえない。⁽¹⁴⁸⁾ 以上を踏まえると、身体的素因と宗教上の信仰を同視することは妥当でなく、本稿が素因競合事例に関して示した危険把握の方法に関する議論の射程は、信仰に基づく意思決定が競合した事例群にまで及ぶものではない。

(145) 山中・前掲注(26) 721頁参照。

(146) なお、里見聡瞭「因果関係論における近時の学説および被害者の介在事情の特殊な類型に関する考察」法学会雑誌60巻1号（2019年）227頁以下参照。

(147) HART & HONORÉ, *supra* note 142, at 173. (邦訳として、ハート＝オノレ（井上ほか訳）・前掲注(142) 363頁。) このように考えると、輸血拒否の場面でも、輸血を受け入れる選択肢は事実上残されていることになり、信仰心からの輸血拒否というのも、生命の危険を認識しつつ、信仰を優先するという意思決定をしたものと評価することになるだろう。

(148) 佐伯・前掲注(76) 26頁は、「信仰による選択も他の意思決定と同じように自由なものとして扱うべきであり、そのように扱うことこそ信仰の自由を尊重することになるのではないかと思われる」とする。

3 素因競合事例と責任、量刑

(1) 故意・過失の認定

当然のことながら、行為者の行為と死亡結果との間の因果関係が認められても、故意・過失が否定されるのであれば、結果帰責は否定される。素因競合事例では、故意犯との関係では、因果経過の錯誤が故意を阻却するのではないかが特に問題とされてきた。もっとも、行為者の認識した事実と実際に生じた事実とが構成要件の枠内において符合する限度で故意を肯定する立場からは、客観的に因果関係が認められ、主観的にも因果関係を認識している以上は、因果経過の食い違いは故意を阻却しないと解される⁽¹⁴⁹⁾。したがって、血友病事例において、因果関係を認める以上は、故意も阻却されず、殺人罪が成立することになる⁽¹⁵⁰⁾。

他方、結果的加重犯では、重い結果の発生に対して過失を要求する見解からは、素因競合事例において、過失の有無が問題とされるが、判例は一貫してこれを不要とする。また、仮に過失を要求するとしても、具体的な因果経過の予見可能性までは不要であるとすれば、実行行為としての危険性要件を充足する以上は、通常、行為者にとっての予見可能性としての過失も肯定されることになるだろう⁽¹⁵¹⁾。

(149) たとえば、山口・前掲注(13)229頁以下、西田・前掲注(42)240頁以下、山中・前掲注(69)362頁以下など。これに対して、因果経過に関する客観面と主観面の齟齬が法的に重要なものである場合に故意未遂犯の成立にとどめる立場もあるが(浅田・前掲注(52)324頁以下、井田・前掲注(55)196頁以下、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅰ』(有斐閣、1991年)955頁以下参照)、このような見解に対する周到な批判として、辰井聡子「因果関係論」川端博ほか編『理論刑法学の探究①』(成文堂、2008年)12頁以下。

(150) このような結論の妥当性は、危険の現実化を認めるうえで考慮したリスク負担に関する考え方によって担保される。

(151) 実行行為の危険性が肯定されながら、過失が否定されるのは、特段の事情から行為者が結果発生は生じないと確信していたような場合に限られるだろう。たとえば、内田浩「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論[第6版]』(有斐閣、2008年)99頁は、判例③の事案について、本件の頸部圧迫という暴行が「頸部の

なお、過失としての予見可能性が認められるにもかかわらず、実行行為の危険性が認められないという事例は想定できないことからすると、あえて実行行為としての危険性判断の段階で判断基底の絞り込みによる限定を行わずとも、責任段階で予見可能性を要求することにより、行動の自由に対する過度な制約を回避することができるのではないかとの疑問も生じるかもしれない。客観説の論者が、判断基底に限界を設けず、行為時の事情が競合する事例における処罰範囲の限定は責任の問題として処理すれば足りるとするのも、実行行為としての危険性判断は無駄な要件ではないかとの考慮に基づくものとも思われる。しかし、結果的加重犯において過失を不要とする判例実務の立場を前提とすれば、実行行為としての危険性判断で判断基底の絞り込みを行うことにはなお実践的意義がある⁽¹⁵²⁾。また、行動の自由という観点からすれば、責任の段階まで問題を先延ばしにするのではなく、構成要件不該当と評価することが望ましいように思われる。

（2）量刑段階での考慮

素因が競合して初めて結果が発生したような場合、実行行為やそこから直接生じた傷害の危険は比較的小さいものであるし、被告人にとって結果発生は予想外であることが多いと思われる。そのため、素因競合事例では、素因の競合が被告人に有利な情状として量刑段階で考慮される傾向に

扼圧痕跡は微弱である」とされる程度のものであったこと、被告人 X が、かつてはスポーツ選手で頑健な身体を持ち主である被害者と、結婚から本件犯行まで10年余り生活をともにしてきたことから、そもそも X は被害者の特異体質を認識する可能性すら存在しなかったとあってよいとして、「本件は、現に X が加えた暴行の程度を前提とする限り、……通常過失すら否定されうる事案であったように思われる」と評価している。

(152) 学説上有力な過失必要説からは、過失不要説は責任主義違反であると一般に主張されているが、責任主義との関係については、「結果的加重犯は、もとの行為に当然予想される、その射程範囲内の波及効果が生じたものであるかぎりでは、重い結果を生じたことにつき行為者の責任に帰せしめうることは当然であり、過失の有無を論ずる必要はなく、そう解しても、責任主義と矛盾するものではない」との見解もある（藤木・前掲注（82）200-201頁）。

ある(【図3】参照)。判例が素因競合事例で広範に因果関係を肯定する背景には、量刑段階で刑の重さを調整すればよいとの実質的考慮があるのかもしれない⁽¹⁵³⁾。このような量刑段階での考慮は、結論的に納得できる面もあるが、その理論的位置づけについては今後の検討を要するだろう。

VI おわりに

本稿では、日独の判例・学説に検討を加えたいうで、危険の現実化という枠組みを前提に、素因競合事例における結果帰属判断の再構成を試みた。その結果、危険の現実化の適用にあたっては、一般的・抽象的な危険把握の限界という問題点があること、素因競合事例では、余病併発事例との共通性にも着目しつつ、素因に起因するリスクをだれに負担させるかという規範的観点からの検討が必要であることを明らかにした。そして、素因競合事例における危険の現実化判断について、素因を有する者の社会参加の抑制を回避するという実質的根拠から、素因の競合という事実を捨象した形での危険把握が許されることを明らかにしたうで、「①実行行為にその物理的・病理的作用によって身体内部の病的変化を引き起こして被害者を死亡させる危険性が認められる場合には、②実行行為から死亡に至る現実の経過を物理法則・医学法則のみで説明可能であれば、危険の現実化を認めることができ、認識不可能な被害者の素因が競合したことは危険の現実化を否定する要素とはならない」という基準を提示した。①との関係では、実行行為としての危険性判断が問題となり、その際、行動の自由との比例性の観点から、判断基底の絞り込みが必要となる。②との関係では、物理法則・医学法則を用いた事実的因果関係の認定が問題となる。

たとえば、血友病事例では、①人に向けてピストルを発射する行為に

(153) 内田・前掲注(89)259頁注(37)は、素因競合事例で「執行猶予付判決」のなされる場合が多いことを指摘して、「表面的には傷害致死罪の成立を認めたいうで、量刑でその『不成立』を考慮しているとはいえないだろうか」とする。

【図3】 量刑段階での被害者の素因の考慮

判例	罪名	宣告刑	量刑段階での素因の考慮
福岡高判昭 31・10・3 (裁判例⑨)	傷害致死	懲役1年、 執行猶予2年	弁護人が量刑不当として控訴したのに対し、「本件の結果発生は被告人の予期せざるところであつたことは所論のとおりであるが、それゆえに原審は被告人に対し執行猶予の言渡をなしたものであ」と判示。
東京地判 昭35・1・27 (判例⑤第1審)	傷害致死	懲役3年、 執行猶予3年	「被害者の死の結果発生も固より、被告人の暴行に基因するとはいえ、これとともに同人の高度に病的な体質もその重要な原因をなし右両原因が相俟つて被告人の全く予期しない重大な事態を惹起するに至つたものと考えられる点に一脈同情の余地がある。
札幌高判 昭35・11・16 (注(27))	尊属傷害致死	懲役1年6月、 執行猶予2年	「暴行の程度」、「本件の如き結果発生は被告人の夢想だにしなかつたものに属することが認められること」を被告人に有利な事情として考慮。
山形地 米沢支判 昭37・7・6 (裁判例⑪)	傷害致死	懲役1年、 執行猶予2年	暴行が平手打ちの1回の殴打にとどまること、「かかる程度の暴行は通常死亡の原因となるに値しないこと」、「被害者の死の結果発生は、被告人にとって全く予期しなかつたことに属することが認められること」を被告人に有利な事情として考慮。
東京地判 昭43・12・19 (判例⑥第1審)	強盗致死、私 文書偽造、同 行使、詐欺	懲役12年	「その暴行によつて同女が死に至ろうとは全く予想していなかつたし、その暴行の程度も、高齢の同女に対しては反抗抑圧の程度に達していたとは言え、必ずしも通常死の結果を見るべき程に強度のものではなく、たまたま同女に高度の心臓病変などがあつたが為に死への転帰を見るに至つたもので、このことは同女にとつてはもちろん、被告人にとつても不幸な結果であつたと言ひうることを斟酌する必要がある。
東京高判 昭54・2・8 (裁判例⑫)	業務上過失致 死	禁錮7月	「被害者の直接の死因は肺結核症で、同人が古い結核病巣を有していたという被告人にとつて、やや不運の事情もあること」を有利な情状として考慮。
札幌地判 平12・1・27 (裁判例⑬)	傷害致死	X：懲役5年、 Yら：懲役 4年6月	被告人らのために酌むべき事情として、「Vはデュラフォア潰瘍に基づく胃内出血による出血性ショックにより死亡した可能性が高く、だとすると前述の胃の血管の走行異常というVの特異体質がその死の結果に及ぼした影響を無視することはできない」こと、「Vの主治医の治療が適切なものであつたかどうかは別としても、最初の容態急変の時に消化器内科の専門医の最善の治療を受けていれば、命を落とさずに済んだ可能性を否定はできない」ことを挙げる。
仙台地判 平20・6・3 (裁判例⑭)	傷害致死	2年以上 4年以下 (被告人少年)	被告人のために酌むべき事情として、「被告人の加えた暴行は、前記のとおり悪質であるが、それ自体として被害者を死亡させる危険は低く、被害者死亡の結果には、被害者の左冠動脈開口部の先天的位置異常という特殊事情が大きく寄与しており、その死亡結果は被告人にとって具体的には予期し得なかつた」こと（「被害者が死亡するに至つた因果経過の特異性」）を挙げる。
横浜地 小田原支判 平30・3・28 (裁判例⑮)	傷害致死	懲役3年、 執行猶予5年	「本件では被害者が持病によつて頸椎を骨折しやすい状態にあつたこと、暴行直後に救急搬送された病院において頸椎骨折を見落とされて自宅療養とされたことなどの事情も認められ、こうした事情が被害者の死亡という結果に影響した可能性は否定できず、この点は被告人のために酌むべき事情といえる。

は、銃弾が身体に命中することによる物理的作用によって人が死亡する危険性が認められるので、②銃弾が被害者の腕からの出血を引き起こし、血友病のため血液を凝固することができないまま、被害者が死亡したという事実経過を認定することができれば、危険の現実化を肯定することができ、故意が認められる限りで殺人罪が成立することになる。また、判例②(脳梅毒事件)の事案では、①頭部に近い眼部を蹴りつけていること、左眼に全治10日程度の溢血を生じさせるほどの強度であったこと、無防備な態勢で立ち上がろうとした被害者をいきなり蹴り上げていることも踏まえて、被害者の左眼を蹴りつける行為に脳に損傷を与えるなどして被害者を死亡させる危険性があると認められるのであれば、②当該行為の結果、脳梅毒に罹患していた被害者の脳の組織が一定程度崩壊して死亡するに至ったと認定できる以上、危険の現実化を肯定することができ、判例の立場を前提とすれば過失の有無を検討することなく、傷害致死罪の成立を認めることができる。

危険の現実化は、結果帰属判断の思考枠組みとして有益なものであるが、事案解決のための具体的基準を提供するものではない。特に危険内容をどのように把握するかについての法的指針については、従来、十分な検討がなされてこなかった。そのため、事例類型ごとに、その類型に内在する政策的考慮も踏まえて、危険の現実化の判断基準を具体化・明確化していく必要がある。本稿では、その具体化作業の一環として、素因競合事例に検討を加えた。今後は、人の行為が介在する事例群を中心に、因果関係が問題となる事例群の類型化と、事例類型ごとの判断基準の導出を通じて、危険の現実化の具体化・精緻化をさらに進めることが課題である。

【追記1】校正段階で、安田拓人「実行行為と因果関係」法学教室487号(2021年)91頁以下に触れた。同論文96頁は、被害者の素因競合事例について、「許されない危険の判断に際しては、問題となった具体的事情を捨象して一般化した形でターゲットを類型化し、それに対する結果の発生確率を問

う行き方は、再度見直されてよいであろう」とする。一定の抽象的危険把握を許容する点では、本稿の立場と共通の問題意識を有するものと思われる。

【追記2】本稿は、早稲田大学特定課題研究助成（課題番号2020C-047）による研究成果の一部である。